

El derecho humano al agua y las demandas contra los Estados en el marco postpandemia del COVID-19

Javier Echaide

Abogado y Doctor en Derecho (UBA).
Investigador Adjunto del CONICET.
Investigador del Instituto de
Investigaciones Jurídicas y Sociales
"Ambrosio Gioja" (Facultad de Derecho,
UBA). Profesor Adjunto (i) de la UBA y de
la Universidad Nacional de Lomas de
Zamora (UNLZ).

El derecho humano al agua está establecido no solo por la Resolución 64/292 de la Asamblea General de Naciones Unidas, sancionada en 2010, sino además por otras normas del derecho positivo internacional y por el derecho consuetudinario. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) también ha considerado que el cumplimiento del derecho humano al agua es esencial y básico para el cumplimiento de otros derechos humanos garantizados en los tratados internacionales. Pero el derecho internacional no se ha desarrollado de manera homogénea, sino que lo ha hecho de modo fragmentado y en múltiples velocidades.

Un ejemplo se ve en cómo se protege el derecho de los inversionistas ante los arbitrajes internacionales en materia de inversión – como ser en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) y en base a Tratados Bilaterales de Inversión (TBI)– cuando las empresas concesionarias demandan al Estado por sentirse indirectamente expropiadas, o por entender que se viola el trato justo y equitativo y la protección y seguridad

plenas de las inversión por medidas que puedan ser tomadas por el Estado a fin de garantizar el acceso humano al agua en cantidad y calidad suficientes. Allí, el Estado o apoya su medida y se arriesga a una demanda por parte de la empresa, o se retracta en pos de negociar un retiro de la demanda de la empresa arriesgándose a una posible violación del derecho humano al agua.

El marco de la pandemia por el virus COVID-19 marca un escenario imprevisto a escala global en el cual los gobiernos de todos los Estados del mundo tomaron medidas para evitar una propagación aún mayor de un virus altamente contagioso que, aún con una tasa de mortalidad baja, causa lesiones permanentes en el sistema respiratorio de las personas infectadas. Dentro de este marco de medidas públicas, el aseo permanente fue una de las más importantes, para lo cual el acceso constante a una fuente de agua segura resultó primordial. Sin embargo, algunas empresas del sector privado ya se encuentran explorando las posibilidades de demandar a los Estados ante tribunales arbitrales en materia de inversiones debido a las medidas de política pública tomadas por los gobiernos durante la pandemia.

Este tipo de situaciones evidencia una contradicción práctica entre el régimen internacional de protección de inversiones y la defensa del acceso al agua potable y al saneamiento como un derecho humano básico y universal. Analizar dicha contradicción en el marco de la postpandemia del COVID-19 será el propósito del presente trabajo.

Introducción

El derecho humano al agua está establecido no solo por la Resolución 64/292 de la Asamblea General de Naciones Unidas sancionada en 2010, sino además por otras normas del derecho positivo internacional, así como por el derecho consuetudinario. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC)

también ha considerado que el cumplimiento del derecho humano al agua es esencial y básico para el cumplimiento de otros derechos humanos garantizados en los tratados internacionales. Pero el derecho internacional no se ha desarrollado de manera homogénea, sino de modo fragmentado y en múltiples velocidades. Esto ha hecho que algunas áreas del derecho internacional se hayan amplificado en un tiempo bastante menor que otras, en especial en lo que se refiere al ámbito privado.

Un ejemplo de ello se observa cuando analizamos cómo se protege el derecho de los inversionistas ante los arbitrajes internacionales en materia de inversión –como ser en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) y en base a Tratados Bilaterales de Inversión (TBI)– cuando las empresas concesionarias demandan al Estado por sentirse indirectamente expropiadas o por entender que se viola el trato justo y equitativo y la protección y seguridad plenas de las inversión por medidas que puedan ser tomadas por el Estado a fin de garantizar el acceso humano al agua en cantidad y calidad suficientes. El conflicto más evidente de esta situación se da con el aumento de tarifas, por ejemplo. Ante crisis económicas, devaluaciones, procesos inflacionarios, etc., las empresas privadas que gestionan el sector suelen insistir ante las autoridades públicas que les permitan aumentar las tarifas por los servicios de agua potable y saneamiento. En tales situaciones, el Estado se ve en la dicotómica decisión de tener que otorgar el aumento requerido por la empresa en un contexto de crisis para la población, y así profundizarla, o bien negarse a autorizar el aumento de las tarifas y verse demandado por la empresa transnacional ante organismos como el CIADI, arriesgándose a una posible violación del derecho humano al agua por omisión de una regulación adecuada en tal sentido o por dificultar la asequibilidad del recurso para su propia población.

Esta encerrona generalmente provoca que los Estados sean más proclives a detener sus políticas públicas en virtud de evitar una demanda ante un tribunal arbitral internacional. Con ello, las políticas públicas no solo se ven "congeladas", sino vetadas, por el requerimiento de un actor privado: la empresa transnacional gestora del servicio de agua potable. Dicho efecto es

conocido como el "enfriamiento regulatorio" (*chilling effect*): una situación de autoinhibición estatal en la regulación, para satisfacer los intereses de los inversionistas, accediendo al aumento de tarifas en situaciones y niveles que pueden dejar de garantizar un acceso universal a la distribución de agua potable y, con ello, afectar el goce de los derechos humanos de la población; o si no, no autorizar el aumento tarifario y enfrentar a las empresas concesionarias con demandas arbitrales en el CIADI, por citar un foro de arbitraje internacional (de hecho el más utilizado).

Este tipo de situaciones ponen en crisis una serie de bases de la estructura legal internacional, como ser el considerar la prioridad en el cumplimiento de los derechos humanos como obligaciones con efecto *erga omnes* en el derecho internacional, frente a obligaciones de naturaleza meramente dispositiva, como son las emanadas de los TBI. Con efectos como el enfriamiento regulatorio, los Estados otorgan preferencia a evitar demandas privadas de los inversionistas frente a violar el derecho humano de acceso al agua potable. Y en caso de no ceder, el Estado puede verse obligado a tener que pagar una indemnización.

En cualquiera de ambas circunstancias, resulta claro que se trata de casos de responsabilidad internacional de los cuales el Estado es sujeto ineludible, sobre todo en materia de derechos humanos. Sin embargo, el Estado no es el único actor responsable posible. La responsabilidad concurrente es aquella por la cual dos entes jurídicos son responsables paralelamente por causas jurídicas distintas ante la violación de una norma. La empresa inversionista, ¿es absolutamente inocente y ajena a la situación que provoca? Frente a falta de inversión, distribución deficiente de agua potable y falta de garantías del derecho humano al agua, ¿se halla el Estado de manos atadas sobre finiquitar la concesión por incumplimiento contractual? ¿Es acaso imposible atribuir responsabilidad a la empresa (además del Estado) por violación al derecho humano al agua?

En el derecho internacional, así como también en el derecho interno, es posible utilizar la figura de la complicidad para atribuir responsabilidad a la empresa por las violaciones cometidas por derecho propio. Los tratados de derechos humanos atribuyen responsabilidad esencialmente a los Estados, pero las personas jurídicas

privadas no son ajenas en estas situaciones, en tanto asumen un gran número de funciones que hasta hace unas décadas atrás eran reservadas por completo al ámbito estatal. De este modo, indagar en la responsabilidad internacional de las empresas como entes atribuibles de violar el derecho humano al agua es el punto que desarrollaremos en el presente capítulo.

1. El derecho humano al agua en las normas internacionales

Como dijimos, el reconocimiento del derecho humano al agua como un derecho humano autónomo se dio a partir de la sanción de la Resolución 64/292 de la Asamblea General de la ONU en 2010. Sin embargo, ya se venía reconociendo ese derecho, aunque no autónomamente sino como un derecho implícito dentro de otros derechos humanos.

Los tratados internacionales se rigen en las condiciones de su vigencia. Ello significa que el texto plano de los tratados es insuficiente para entender el alcance de las obligaciones legales que dichas normas jurídicas imponen: a ello deben sumársele las reservas y los alcances de la letra del tratado. Si bien los tratados son redactados y firmados por voluntad de los Estados, las interpretaciones, así como la observancia del cumplimiento de tales textos, suelen corresponder a organismos internacionales creados por los Estados a tal efecto o, si así no fuera, a órganos judiciales internacionales. En consecuencia, esta área de estudio suele recaer en los doctrinarios y en los juristas del derecho más que en los políticos que alternan los poderes públicos de cada Estado. Se da así una compleja relación entre la voluntad creadora del Estado como ente soberano, cuya representación cae, generalmente, en políticos electos por sus pueblos, y los juristas expertos que trabajan en las comisiones de los organismos internacionales, pero cuya generación normativa suele ser no vinculante (*soft law*). La voluntad creadora de normas vinculantes la tienen los primeros, mientras que los últimos son quienes acuden a la interpretación y alcance de las normas sin alterar su espíritu.

El CDESC es el órgano creado por el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PDESC) de 1966,

que actualmente congrega a 169 Estados parte,¹ es decir, prácticamente toda la comunidad internacional. Fue creado por voluntad de los Estados signatarios en virtud de la Resolución 1985/17 del Consejo Económico y Social (ECOSOC) de la ONU del 28 de mayo de 1985 para verificar el cumplimiento del Pacto.

En 2000 el CDESC, dependiente del Consejo Económico y Social (ECOSOC) de la ONU, publicó su Observación General Nro. 14 a fin de interpretar el alcance de "el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud" (art. 12 del PIDESC).² En dicha Observación el CDESC estableció que:

"(...) la redacción expresa del párrafo 2 del artículo 12 reconoce que el derecho a la salud abarca una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones merced a las cuales las personas pueden llevar una vida sana, y hace ese derecho extensivo a los factores determinantes básicos de la salud, como la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y un medio ambiente sano."³

La Observación General N° 14 introdujo la cuestión del derecho al agua como condición indispensable para el cumplimiento de otros derechos, como el derecho al disfrute de salud del más alto nivel posible, y dejó en claro que para ello el acceso a una fuente de agua potable segura era condición básica esencial.

Posteriormente, en 2002, el mismo organismo emitió su Observación General N° 15 sobre "el derecho humano al agua" (arts. 11 y 12 del PIDESC),⁴ profundizando

así uno de los puntos que se vislumbró con la Observación General anterior.

Al mismo tiempo la observación reconoció que el derecho al agua figuraba ya incluido en un gran número de documentos internacionales, tales como tratados, declaraciones y otras normas, como por ejemplo en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer,⁵ en donde se dispone que los Estados Partes asegurarán a las mujeres el derecho a "gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de [...] el abastecimiento de agua". También en la Convención sobre los Derechos del Niño⁶ se exige a los Estados Partes que luchen contra las enfermedades y la malnutrición mediante "el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre".

Los tratados internacionales de derechos humanos que entrañan obligaciones específicas en relación con el acceso al agua potable y el saneamiento son: la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada en 1979 (art. 14.2); el Convenio N° 161 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre los servicios de salud en el trabajo, aprobado en 1985 (art. 5); la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada en 1989 (arts. 24 y 27.3); y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada en 2006 (art. 28). Todas estas obligaciones fueron creadas por voluntad de los Estados, pues se trataban de convenciones internacionales, por lo que el CDESC estaba observando el alcance de la existencia

de vida adecuado, 'incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados', y son indispensables para su realización. El uso de la palabra 'incluso' indica que esta enumeración de derechos no pretendía ser exhaustiva. El derecho al agua se encuadra claramente en la categoría de las garantías indispensables para asegurar un nivel de vida adecuado, en particular porque es una de las condiciones fundamentales para la supervivencia. Además, el Comité ha reconocido anteriormente que el agua es un derecho humano amparado por el párrafo 1 del artículo 11 (véase la Observación general N° 6 (1995)). El derecho al agua también está indisolublemente asociado al derecho al más alto nivel posible de salud (párrafo 1 del artículo 12) y al derecho a una vivienda y una alimentación adecuadas (párrafo 1 del artículo 11). Este derecho también debe considerarse conjuntamente con otros derechos consagrados en la Carta Internacional de Derechos Humanos, en primer lugar el derecho a la vida y a la dignidad humana." Ver <https://www.escr-net.org/es/recursos/observacion-general-no-15-derecho-al-agua-articulos-11-y-12-del-pacto-internacional> (consultado en marzo de 2019).

5. Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, art. 14, párr. 2.

6. Convención sobre los Derechos del Niño, art. 24, párr. 2.

1. Ver https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CESCR/OHCHR_Map_ICESCR.pdf (consultado en febrero de 2019).

2. Ver <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.pdf> (consultado en marzo de 2019).

3. *Idem*, párr.

4. 2. El derecho humano al agua es el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico. Un abastecimiento adecuado de agua salubre es necesario para evitar la muerte por deshidratación, para reducir el riesgo de las enfermedades relacionadas con el agua y para satisfacer las necesidades de consumo y cocina y las necesidades de higiene personal y doméstica. 3. En el párrafo 1 del artículo 11 del Pacto se enumeran una serie de derechos que dimanarían del derecho a un nivel

del derecho humano al agua bajo las obligaciones del Pacto y en relación con el cumplimiento de los derechos humanos allí elaborados.

Al año siguiente, en 2003, la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas (CDH) publicó el Informe del Alto Comisionado para los Derechos Humanos sobre "Los derechos humanos, el comercio y las inversiones".⁷ Dicho informe rescata el hecho que los Estados se han comprometido a respetar, proteger y realizar los derechos humanos dentro de cada país, en cualquier contexto, como el de la liberalización de las inversiones. Es más, los derechos humanos son parte indispensable de un orden social e internacional que los Estados se han comprometido a sostener desde la Segunda Guerra Mundial y que es el pilar en el que se basa todo el andamiaje legal del derecho internacional en el que incluso se encuentran los TBI. El mismo informe admite que la liberalización reduce en cierta medida el campo de acción y el alcance de las políticas de los Estados con respecto a los inversionistas y las inversiones, e insta a los Estados a que con la liberalización no se debe comprometer la acción y las políticas estatales de promoción y protección de los derechos humanos, y en la medida en que los acuerdos de inversión se refieran a cuestiones de derechos humanos, los Estados tienen el deber de reglamentar (el deber de realizar los derechos humanos). Para que la liberalización de las inversiones tenga eficacia también habrá que adoptar medidas complementarias de promoción y protección de los derechos humanos como: a) equilibrar los derechos y las obligaciones de los inversionistas y realizar esfuerzos constantes para promover la responsabilidad social de las empresas –tanto por voluntad propia (no vinculante) como mediante el reconocimiento de la responsabilidad directa de los inversionistas por las actividades que realicen por lo que respeta a los derechos humanos (vinculante)–; b) proteger los mecanismos nacionales, regionales e internacionales de vigilancia de las violaciones de los derechos humanos; c) promover medidas en el propio país de origen vinculando la liberalización de las inversiones con que los países ricos cumplan su compromiso de proporcionar el 0,7% de su Producto Nacional Bruto (PNB)

como asistencia oficial para el desarrollo y con especial hincapié en atender las necesidades de inversión y desarrollo de los países pobres.

La vinculación de inversiones y derechos humanos está dada por el contexto del proceso de privatizaciones: la llegada de empresas de capitales privados –generalmente empresas transnacionales– al sector público para administrar e incluso adquirir empresas estatales activó el sistema de protección de inversiones que se encontraba vigente pero de forma embrionaria. Con las privatizaciones se incentivó la firma de nuevos TBI y el sistema creció exponencialmente en la década de 1990. Por ello es que el Alto Comisionado estudió en su informe las consecuencias de la privatización para los derechos humanos debido a la participación del sector privado en el abastecimiento de agua y el saneamiento y recomendó: a) incluir explícitamente la promoción y protección de los derechos humanos en los objetivos de los acuerdos de inversión; b) garantizar el derecho y el deber de los Estados de regular; c) promover las obligaciones y los derechos de los inversionistas; d) promover la cooperación internacional como parte de la liberalización de las inversiones; e) promover los derechos humanos en el contexto de la privatización y destacar la necesidad de promover el imperio de la ley por medio de la participación popular, la transparencia, la legitimidad, la igualdad y la rendición de cuentas, al igual que en la implementación y vigilancia de los acuerdos de concesión del sector privado; f) incrementar el diálogo sobre los derechos humanos y el comercio sumando a los delegados de los países ante la Organización Mundial de Comercio (OMC) en calidad de miembros u observadores en la CDH; g) actividades futuras. Como un posible campo de futuras investigaciones, el Alto Comisionado interino sugiere que se tomen en consideración la elaboración de metodologías de evaluación de las consecuencias que tienen en los derechos humanos los reglamentos o políticas comerciales y de inversión y la asistencia apropiada que se necesita para ponerlas en efecto.

En 2005, el Relator Especial de la CDH emitió su informe sobre el Derecho al Agua Potable y Saneamiento, y en 2006 el Consejo de Derechos Humanos de la ONU adoptó su Decisión 2/104 "Los derechos humanos y el acceso al agua", en donde

7. Ver <https://undocs.org/es/E/CN.4/Sub.2/2003/9> (consultado en marzo de 2019).

"solicita a la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos que, teniendo en cuenta las opiniones de los Estados y otros interesados, efectúe, dentro de los límites de los recursos existentes, un estudio detallado sobre el alcance y el contenido de las obligaciones pertinentes en materia de derechos humanos relacionadas con el acceso equitativo al agua potable y el saneamiento, que imponen los instrumentos internacionales de derechos humanos, que incluya conclusiones y recomendaciones pertinentes al respecto, para su presentación al Consejo antes de su sexto período de sesiones".⁸

El mismo será producido y entregado al año siguiente y establece que:

"[e]s ahora el momento de considerar el acceso al agua potable saludable y al saneamiento como un derecho humano, definido como el derecho a un acceso equitativo y no discriminatorio a una cantidad suficiente de agua potable saludable para el uso personal y doméstico (...) que garantice la conservación de la vida y la salud".

En 2010, la Asamblea General de Naciones Unidas (AG-ONU) sancionó la Resolución 64/292 "El Derecho Humano al Agua Potable y Saneamiento",⁹ reconociendo tal derecho humano en forma autónoma. En tal declaración la Asamblea General:

- "1. Reconoce que el derecho al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos;
2. Exhorta a los Estados y las organizaciones internacionales a que proporcionen recursos financieros y propicien el aumento de la capacidad y la transferencia de tecnología por medio de la asistencia y la cooperación

internacionales, en particular a los países en desarrollo, a fin de intensificar los esfuerzos por proporcionar a toda la población un acceso económico al agua potable y el saneamiento;"

En consecuencia, al menos a partir de 2010 no cabe duda alguna acerca de la consideración del derecho al agua potable y saneamiento como un derecho humano básico y universal.

Ese mismo año, la CDH de Naciones Unidas, haciéndose eco de la Resolución 64/292 de la AG-ONU y de los instrumentos anteriores, emitió su Resolución 15/9 "Los Derechos Humanos y el Acceso al Agua Potable y el Saneamiento".¹⁰ Dicha resolución "[a]firma que el derecho humano al agua potable y el saneamiento se deriva del derecho a un nivel de vida adecuado y está indisolublemente asociado al derecho al más alto nivel posible de salud física y mental, así como al derecho a la vida y la dignidad humana", así como "[r]eafirma que los Estados tienen la responsabilidad primordial de garantizar la plena realización de todos los derechos humanos y que el hecho de haber delegado en terceros el suministro de agua potable segura y/o servicios de saneamiento no exime al Estado de sus obligaciones en materia de derechos humanos", y exhorta a los Estados a que, entre otras medidas, "[g]aranticen la existencia de remedios eficaces para las violaciones de derechos humanos estableciendo mecanismos de rendición de cuentas accesibles al nivel adecuado".

Asimismo, resulta interesante que dicha resolución recuerde a los Estados que estos:

"(...) deben asegurarse de que los proveedores de servicios no estatales: a) Cumplan con sus responsabilidades en materia de derechos humanos en todos sus procesos de trabajo, en especial dedicándose activamente, junto con el Estado y otros interesados, a detectar posibles abusos contra los derechos humanos y encontrar soluciones para paliarlos; b) Contribuyan a proveer un suministro constante de agua potable segura, aceptable, accesible y

8. Ver https://www2.ohchr.org/english/issues/water/docs/HRC_decision2-104_sp.pdf (consultado en marzo de 2019).

9. Ver <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N09/479/38/PDF/N0947938.pdf?OpenElement> (consultado en marzo de 2019).

10. Ver <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G10/166/36/PDF/G1016636.pdf?OpenElement> (consultado en marzo de 2019).

asequible y servicios de saneamiento de buena calidad y en cantidad suficiente; c) Integren los derechos humanos en las evaluaciones de impacto cuando sea pertinente, a fin de determinar los desafíos en materia de derechos humanos y contribuir a superarlos; d) Elaboren mecanismos eficaces de reclamación para los usuarios y se abstengan de obstaculizar el acceso a los mecanismos de rendición de cuentas de base estatal".

Al año siguiente, en 2011, ese mismo órgano dictó su Resolución 16/2 "El Derecho Humanos al Agua Potable y el Saneamiento"¹¹ con similares directrices a las antedichas.¹²

11. Ver <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/G11/124/88/PDF/G1112488.pdf?OpenElement> (consultado en marzo de 2019).

12. Al margen de todos los instrumentos internacionales citados, vale recordar lo que la Carta de las Naciones Unidas establece: "Art. 1.- Los propósitos de Naciones Unidas son: (...) 3. Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión." "Art. 2.- Para la realización de los Propósitos consignados en el art. 1, las Organización y sus miembros procederán de acuerdo con los siguientes Principios: (...) 2. Los miembros de la Organización, a fin de asegurarse los derechos y beneficios inherentes a su condición de tales, cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con esta Carta." En el mismo sentido, la Declaración Universal de los Derechos Humanos afirma: "Art. 25.- 1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; (...)". "Art. 28.- Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos." Esa especie de "nuevo pacto social" de la comunidad internacional también se verifica en los arts. 55 y 56 de la Carta de las Naciones Unidas: "Art. 55.- Con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones basadas en el respeto al principio de igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, las Organización promoverá: Niveles de vida más elevados, trabajo permanente para todos, y condiciones de progreso y desarrollo económico y social; La solución de los problemas internacionales de carácter económico, social y sanitario, y de otros problemas conexos; y la cooperación internacional en el orden cultural y educativo; y El respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades." "Art. 56.- Todos los miembros se comprometen a tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la

El establecimiento y observancia de los derechos humanos no es una simple retórica o una aspiración a conseguir, sino que conforma la base del nuevo "contrato social" sobre la cual la comunidad internacional decidió establecer sus reglas y parámetros de comportamiento luego de la Segunda Guerra Mundial. El derecho humano al agua, así como los demás derechos humanos, forman parte de esa base fundamental. En particular con este derecho, se trata de la condición *sine qua non* para que sea posible la vida de todo organismo en el planeta Tierra: imposible es, por ende, el poder garantizar una protección de inversión alguna si no existen seres humanos vivos que puedan generarla...

Este último artículo establece como obligaciones con efecto *erga omnes* todos aquellos emanados de la Carta de las Naciones Unidas. También es de pleno consenso que las obligaciones de derechos humanos poseen efectos *erga omnes* para la comunidad internacional. Ello implica, cuanto menos, una prioridad en el cumplimiento respecto del resto de obligaciones positivas en el derecho internacional general y particular, incluyendo los tratados de inversión y comercio.¹³ Existe incluso un debate abierto respecto de si los derechos humanos constituyen o no normas de derecho imperativo (*jus cogens*) en el sistema internacional, aunque no hay consenso aun respecto de ello.¹⁴

Organización, para la realización de los propósitos consagrados en el art. 55." Por su parte, el art. 103 del mismo texto deja claro que: "Art. 103.- En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones de esta Carta."

13. ECHAIDE, Javier, "Demandas en el CIADI y el derecho humano al agua", en *International Law Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Bogotá, Facultad de Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Javeriana, 2017: 99.

14. ZELDA, Carlos, "Ius Cogens y Derechos Humanos: Luces y sombras para una adecuada delimitación de conceptos", 2002. Disponible en: https://www.google.com.ar/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=11&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwids__88aDhAhWJrk-GHeiOCTAQFjAKegQIABAC&url=http%3A%2F%2Frevistas.pucp.edu.pe%2Findex.php%2Fagendainternacional%2Farticle%2Fdownload%2F8239%2F8545&usg=AOvVaw0PvDfg5yDLYt4ZBp8VR6r7 (consultado en febrero 2019). ACOSTA-LÓPEZ, Juana Inés y DUQUE-VALLEJO, Ana María; "Declaración Universal de Derechos Humanos, ¿norma de ius cogens?", 2008. Disponible en: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692-81562008000100002 (consultado en febrero de 2019).

2. Contradicciones entre los tratados de inversión y los derechos humanos

El debate crítico sobre TBI no se halla ya en grupos marginales sino de un número creciente de académicos, ONGs y funcionarios internacionales. Estas observaciones han detectado que el funcionamiento de este régimen de protección de inversiones dificulta seriamente la promoción de un orden internacional democrático y equitativo. Diagnostican un déficit democrático creciente, no solamente en los mecanismos de transparencia y participación de estos acuerdos, sino también en sus efectos. El relator especial de Naciones Unidas, Alfred-Maurice de Zayas, advirtió que:

"La solución de controversias entre inversores y Estados plantea un desafío particular para el orden democrático, en particular cuando los Gobiernos que han sido elegidos democráticamente para llevar a cabo determinadas políticas sociales son demandados por los inversores precisamente en razón de esas políticas democráticamente escogidas. (...) Si bien los tribunales internacionales pueden y deben declarar inadmisibles los casos improcedentes de abuso del derecho a presentar comunicaciones (...) o de abuso de procedimiento, los tribunales de solución de controversias entre inversores y Estados rara vez lo hacen y aceptan los litigios improcedentes y vejatorios que ocasionan enormes gastos a las partes, lo cual es especialmente perjudicial para los países en desarrollo."

En su Informe del Experto Independiente sobre la promoción de un orden internacional democrático y equitativo de 2015,¹⁵ De Zayas sostuvo:

"15. El árbitro español Fernández-Armesto señala que: "Cuando me despierto por la noche

y pienso en el arbitraje, no deja de asombrarme que los Estados soberanos hayan aceptado en absoluto un procedimiento de arbitraje sobre inversiones (...). Se otorga a tres ciudadanos particulares el poder de examinar, sin restricción alguna y sin procedimiento de apelación, todas las acciones del gobierno, todas las decisiones de los tribunales y todas las leyes y reglamentos dimanantes del parlamento"¹⁶. Efectivamente, es inquietante que los árbitros puedan desatender principios básicos como el respeto por el "margen de discreción" de los Estados, la legislación estatal e incluso las decisiones judiciales de los tribunales superiores del país. La unidireccionalidad de la protección de los inversores no ha contribuido a una cultura de cooperación entre los inversores y los Estados sino que ha estimulado una agresiva tendencia a los litigios y ha demostrado generar una "congelación de la regulación". El arbitraje puede tener lugar en Washington, con los auspicios del CIADI del Banco Mundial, pero existe una variedad preocupante de opciones de foros, y pueden constituirse tribunales en el marco de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres, la Cámara de Comercio Internacional, la Cámara de Comercio de Estocolmo, el Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong o la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). Hay un número creciente de procesos de arbitraje que priman los beneficios por encima de los derechos humanos¹⁷. Según la UNCTAD, muchos procesos de arbitraje para la solución de controversias entre inversores y Estados son completamente confidenciales y solo se dispone de información en relación

15. DE ZAYAS, Alfred-Maurice, *Informe del Experto Independiente sobre la promoción de un orden internacional democrático y equitativo*, 2015. Disponible en: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/70/285&referer=http://www.iisd.org/itn/2015/11/26/un-independent-expert-alfred-de-zayas-recommends-abolishing-current-isds-regime//&Lang=S (consultado en diciembre de 2018).

16. www.theguardian.com/commentisfree/2013/nov/04/us-trade-deal-full-frontal-assault-on-democracy (citado en el original).

17. CENTRO EUROPEO DE DERECHOS CONSTITUCIONALES Y HUMANOS, "Human rights inapplicable in international investment arbitration?". Disponible en www.ecchr.de/worldbank/articles/human-rights-inapplicable-in-international-investment-arbitration.html (citado en el original).

con aproximadamente 608 sentencias¹⁸. El Experto Independiente se refiere a su próximo informe a la Asamblea General y señala unos pocos casos como ejemplos de prácticas contenciosas y sus consecuencias para los derechos humanos.¹⁹

Incluso cita un conocido caso sobre agua potable y saneamiento ante el CIADI, del Banco Mundial.

"22. El caso Aguas del Turani S.A. c. la República de Bolivia se refería a un contrato de privatización del abastecimiento de agua de Cochabamba, que incluía concesiones por un período de 40 años con un flujo de efectivo anual garantizado. El acuerdo recibió el apoyo del Banco Mundial, que impuso la privatización como condición para el crédito. Los accionistas mayoritarios de Aguas eran la empresa estadounidense Bechtel y la multinacional española Abengoa. Después de que el contrato entrara en vigor en 1999, los precios del agua aumentaron considerablemente. Se produjeron manifestaciones populares en favor del derecho a un abastecimiento de agua asequible, y el Gobierno de la época declaró la ley marcial e intentó sofocar las protestas utilizando la fuerza militar. Tras el fallecimiento de un adolescente de 17 años, el Estado Plurinacional de Bolivia canceló el contrato de privatización, lo que dio lugar a una demanda por valor de 50 millones de dólares por parte de Aguas."²⁰

Y en sus recomendaciones instó que los Estados dejen sin efecto las decisiones de los procedimientos de solución de controversias entre inversores y

Estados y del CIADI que violen los derechos humanos, así como también mostrarse solidarios con los Estados que deseen modificar o dar por terminados sus TBI o sus acuerdos de libre comercio o que busquen dejar sin efecto sentencias arbitrales, agregando además tomar medidas ante los inversores y las empresas transnacionales que violen el derecho internacional de los derechos humanos.²¹

De hecho, han sido repetidos los casos en donde los Estados fueron directamente demandados por diferencias en materia de inversión dentro del sector de agua potable y saneamiento. Hasta el momento se contabilizan once casos, dentro de los cuales se halla el mencionado arbitraje "Aguas del Tunari c. Bolivia" y "Biwater Gauff c. Tanzania", siendo los nueve restantes son contra Argentina. Argentina no es solamente el país que más demandas en el mundo ha acumulado ante el CIADI, sino que además es, por lejos, el más demandado en el sector de agua potable y saneamiento.²² Y sin embargo, con toda la normativa vigente desde tantas décadas atrás solamente dos casos mencionan el concepto "derechos humanos", no solamente en sus laudos, sino también en todas sus actuaciones: los casos de "Suez, y otros c. Argentina" –por el caso "Aguas Argentinas" – (Caso CIADI N° ARB/03/19) y "Urbaser c. Argentina" (Caso CIADI N° ARB/07/26).

21. Ver https://www.google.com.ar/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKewj345qR_6DhAhVb-D7kGHaiRCXMQFjAAegQIBBAC&url=https%3A%2F%2Fwww.ohchr.org%2Fen%2Fhrbodies%2Fhrc%2Fregularsessions%2Fsession30%2Fdocuments%2Fhrc_30_44_spa.docx&usg=AOvVaw2QnAhZ8yK-hxgtnmqlYOW (consultado en marzo de 2019).

22. La totalidad de casos registrados en el CIADI sobre agua potable y saneamiento hasta el momento son: Aguas del Tunari v. Bolivia (Caso CIADI N° ARB/02/3) y Biwater Gauff v. Tanzania (Caso CIADI N° ARB/05/22) fueron los dos casos ajenos a la Argentina. Los demás fueron Compañía Aguas del Aconquija y Vivendi Universal v. Argentina (Caso CIADI N° ARB/97/3); Aguas Provinciales de Santa Fe, Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona y Interagua Servicios Integrales de Agua v. Argentina (Caso CIADI N° ARB/03/17); Aguas Cordobesas, Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona v. Argentina (Caso CIADI N° ARB/03/18); Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentina (Caso CIADI N° ARB/03/19); Azurix v. Argentina (Caso CIADI N° ARB/01/12); Azurix (Azurix Mendoza) v. Argentina (Caso CIADI N° ARB/03/30); SAUR International v. Argentina (Caso CIADI N° ARB/04/4); Impregilo v. Argentina (Caso CIADI N° ARB/07/17); Urbaser y Consorcio de Aguas Bilbao Biskaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. Argentina (Caso CIADI N° ARB/07/26). Ver en ECHAIDE, Javier, *El derecho humano al agua potable y los tratados de protección recíproca de inversiones*, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires & Thompson Reuters / Ed. La Ley, Buenos Aires, 2018.

18. UNCTAD, IIA Issues Note, N° 1, febrero de 2015. Disponible en unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2015d1_en.pdf (citado en el original).

19. Ver https://www.google.com.ar/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKewj345qR_6DhAhVb-D7kGHaiRCXMQFjAAegQIBBAC&url=https%3A%2F%2Fwww.ohchr.org%2Fen%2Fhrbodies%2Fhrc%2Fregularsessions%2Fsession30%2Fdocuments%2Fhrc_30_44_spa.docx&usg=AOvVaw2QnAhZ8yK-hxgtnmqlYOW (consultado en marzo de 2019).

20. www.citizen.org/cmep/article_redirect.cfm?ID=9208, documents.foodandwaterwatch.org/doc/ICSID_web.pdf y www.elstel.org/ISDS.html (citado en el original).

En abril de 2015 se emitió el laudo "Suez y otros v. Argentina" por el caso de Aguas Argentinas S.A. (Caso CIADI N° ARB/03/19). Se trató del contrato de privatización de agua más grande del mundo que cubría la ciudad de Buenos Aires y la zona metropolitana circundante y que actualmente agrupa a cerca de 16 millones de habitantes. Las corporaciones francesas Suez y Vivendi Universal y la española Aguas de Barcelona conformaron un consorcio llamado "Aguas Argentinas S.A." que sería la empresa encargada del suministro por 30 años. En 1999 comenzó un contexto de crisis económica que eclosionaría a fines de 2001 y durante 2002 en la crisis más grave de la historia argentina. En ese contexto, la empresa decide demandar a la Argentina ante el CIADI ante la negativa por parte del gobierno de permitir un aumento tarifario para soportar las pérdidas económicas, aún en un contexto en donde el 57,8% de la población se encontraba bajo la línea de pobreza.²³ Recién en marzo de 2006, el gobierno argentino rescindió el contrato con Aguas Argentinas S.A. por incumplimiento de inversiones acordadas en el contrato, baja calidad en el servicio prestado, 11 multas incumplidas por un total de 10 millones de pesos, y altos niveles de nitratos superiores a los permitidos en el suministro de agua comprobado en la zona sur de las afueras de la ciudad de Buenos Aires (Temperley, Lomas de Zamora y Lanús) poniendo en riesgo la salud de unas 300.000 personas.²⁴

Previamente a la emisión del laudo de fondo, la empresa había sostenido que "la importancia pública e institucional" del caso no existe²⁵ (sic), aun cuando se trataba del servicio de agua potable de los tres distritos de mayor población del país con un total aproximado de 17 millones de personas afectadas (casi la mitad de la población argentina en ese momento). El tribunal del CIADI debió admitir que el caso involucraba "potencialmente cuestiones de interés público", y que era un servicio público básico para millones de personas que "podrían plantear una amplia gama de cuestiones com-

plejas en materia de derecho público e internacional, incluidas consideraciones relativas a los derechos humanos".²⁶ No obstante ello, el tribunal no manifestó una sola palabra respecto de los derechos humanos como consideración al momento de resolver, ni en el laudo sobre responsabilidad emitido en 2010 ni en el laudo indemnizatorio dictado nada menos que cinco años después por la suma de US\$405 millones.

El valor promedio del agua en Argentina en 2004 era de 0,48 dólares estadounidenses por m³, lo que lleva a un monto total de US\$5,76 al año por m³ de agua. Si nuestros cálculos son correctos, para el tribunal la tarifa anual proyectada por tasa de inflación en 21 años debería haber sido de 7.834,73 dólares (casi 653 dólares mensuales). A esto se le suma la condición que el tribunal fijó, de que debía haberse realizado un ajuste tarifario del 18,2% nominal (13,2% anual), además de un préstamo a la empresa sin intereses y por un año a fin de sanear sus cuentas, afectadas por la crisis.

Basándose en su decisión sobre responsabilidad en contra de la Argentina, el tribunal decidió establecer su cálculo indemnizatorio no sobre la inversión efectivamente realizada sino sobre el flujo de caja que Aguas Argentinas S.A. tenía y "el que esperaban las partes en la Concesión para compensar a las Demandantes por las sustanciales inversiones que habían realizado en los sistemas de agua y alcantarillado de Buenos Aires (...) para otorgarles una rentabilidad razonable". Así, el tribunal proyectó lo que consideró un "escenario probable" del porvenir de la empresa en la Argentina desde el 2015 al 2023 (incluso aventurándose a fijar la inflación argentina, el crecimiento poblacional y las condiciones macroeconómicas no durante el semestre siguiente sino durante los próximos ocho años) para fijar los criterios que el Estado debería haber seguido para no violar los TBI.

Si trasladamos el criterio del tribunal del CIADI a la aplicación tarifaria en dólares por litro (al año del laudo), el agua en Buenos Aires debería costar 2 dólares por litro aproximadamente, lo cual significa unas 6.300 veces más de lo que la población pagaba en ese momento. Para ponerlo en una perspectiva tangible:

23. Clarín, 1/02/2003, https://www.clarin.com/economia/nivel-pobreza-vez-alto-578-poblacion_0_S1fc5GIcTe.html (consultado en marzo de 2019).

24. Decreto 303/2006 del Poder Ejecutivo Nacional, de fecha 21/03/2006.

25. Citado en párr. 18, pág. 6 de la Resolución en Respuesta a la Petición de Transparencia y Participación en Calidad de *Amicus Curiae* del Tribunal del CIADI, de fecha 19/05/2005, Caso ARB/03/19. Ver ECHAIDE, *op. cit.*, 2018, p. 213.

26. Párr. 19, pág. 7 de la Resolución en Respuesta a la Petición de Transparencia y Participación en Calidad de *Amicus Curiae* del Tribunal del CIADI, de fecha 19/05/2005, Caso ARB/03/19. Ver ECHAIDE, *op. cit.*, 2018, 213.

el tribunal del CIADI entendió que en Argentina una ducha de agua de 10 minutos debería costar unos 163,50 dólares aproximadamente.²⁷ El costo de las tarifas es un tema delicado, pues es la puerta de acceso económico al pleno goce del derecho humano al agua. Los informes de Naciones Unidas al respecto reconocen que dicho goce no debe ser gratuito (pues resulta razonable recurrir a cierta recaudación de ingresos para el mantenimiento y mejoras del servicio) pero tampoco tarifado a valor de mercado (resolviendo así los posibles problemas de sectores de población con ingresos modestos o nulos que no podrían acceder a una fuente que garantice su supervivencia). Resulta evidente que los criterios utilizados por el CIADI para este tipo de casos se encuentran absolutamente alejados de lo que el concepto de "asequible" puede significar para el goce del derecho humano al agua, poniéndolo en riesgo.

El caso de "Urbaser y otro c. Argentina" (Caso CIADI N° ARB/07/26), laudado posteriormente en 2016, trató de forma mucho más profunda la relación entre el régimen internacional de protección de inversiones y el derecho humano al agua potable y al saneamiento. El contexto fue similar al caso "Suez y otros c. Argentina": los mismos antecedentes de privatización del servicio de agua potable en la década de 1990, la misma crisis económica del año 2001-2002, el mismo pedido de las empresas privatizadas de aumentar las tarifas para minimizar pérdidas, la misma negativa del gobierno. Solo que la demanda de Urbaser fue iniciada en 2007 y la concesión con la que había sido beneficiada había sido por una zona del Gran Buenos Aires no incluida en la concesión de Aguas Argentinas S.A.

Este tribunal del CIADI se distanció en varios criterios respecto del que laudó el caso "Suez" un año antes, definiendo al trato justo y equitativo en forma menos exigente que su predecesor, que lo equiparó a las expectativas legítimas del inversionista. Definió que el daño producido por el gobierno argentino por pérdidas a la empresa al negar el aumento tarifario se encuadraba en un caso de estado de necesidad parcial, dado que la crisis incluía un origen de factores internos y externos. En ese sentido, el tribunal aclaró:

"720. Las Demandantes aceptan que Argentina tenía dos tipos de obligaciones: sus obligaciones referentes al derecho de la población al agua y sus obligaciones hacia inversores internacionales. La República Argentina puede y debe cumplir con ambos tipos de obligaciones **de forma simultánea**. Así, las obligaciones resultantes del derecho humano al agua no constituyen un obstáculo al cumplimiento de las obligaciones hacia las Demandantes. (...)" [los destacados nos pertenecen]

Queda claro que el criterio de prioridad en el concepto de obligaciones con efecto *erga omnes* no formó parte del utilizado por el tribunal del CIADI para laudar en el caso. Si hubiera sido así, el tribunal hubiera entendido que el derecho humano al agua debe cumplirse prioritariamente y no de manera simultánea respecto de las obligaciones emanadas de los TBI. Los tribunales del CIADI llamativamente no observan la contradicción en materia de obligaciones que alertan todos los informes internacionales de organizaciones de derechos humanos y de Naciones Unidas, lo cual evidencia la flagrante fragmentación del derecho internacional en secciones que pierden total contacto entre sí y hacen oídos sordos a estos efectos perniciosos para el cumplimiento del *rule of law* en el ámbito internacional.

Incluso el tribunal reconoció que el gobierno de Argentina aplicó las medidas de emergencia (la devaluación del peso) y su impacto sobre las tarifas ya que se encontraba obligado en función de su derecho constitucional y una política elemental de la salud de la población con el objeto de preservar el acceso al agua potable (párr. 723 del laudo). Sin embargo, deja su análisis allí sin tomar en cuenta, por ejemplo, conocidas obligaciones en materia de tratados dadas por el derecho internacional.²⁸

27. ECHAIDE, *op. cit.*, 2018.

28. La Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, en su art. 46, establece: "46. Disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados. 1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifiesto en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno. 2. Una violación es manifiesta si resulta

El gobierno argentino alegó que la empresa Urbaser había incumplido con sus inversiones, las que habían sido acordadas en el contrato de concesión, lo cual podía dar lugar a incumplimientos mutuos, y que tal violación contractual afectó derechos humanos básicos, la salud de los usuarios, así como el medio ambiente de miles de personas que vivían en extrema pobreza. A pesar de que la parte demandante sostuvo que "la decisión sobre violaciones de derechos humanos se [encontraba] fuera de su jurisdicción" (párr. 1129), el tribunal se halló competente para entender una contrademanda sobre derechos humanos e inversiones (párr. 1154), ya que Argentina reconvino la demanda contra la empresa ante el tribunal por esos mismos argumentos, lo cual abrió una posibilidad de que los tribunales del CIADI puedan sentar posiciones sobre el tema. El tribunal desestimó la reconvencción, no sin antes reconocer que "realmente, son pocos los casos en los que se han presentado demandas reconventionales en arbitrajes de inversiones y son igualmente muy escasos los supuestos en los que los estados receptores fueron los que instaron el arbitraje" (párr. 1131).

Evidentemente el tribunal no deseó indagar sobre la importancia fundamental que puede significar para un Estado su propia Constitución Nacional y las obligaciones constitucionales que, tal como reconoce, justificaron las medidas tomadas por el gobierno.

Finalmente el tribunal halló responsable a Argentina por violación al trato justo y equitativo, rechazando las demás argumentaciones demandadas por las empresas. Condenó a Argentina a pagar una indemnización –cuyo cálculo postergó para otro momento– sumando US\$1 millón que el Estado deberá pagar en concepto de costas del arbitraje. En su laudo, el tribunal entendió –con buen criterio– que las empresas transnacionales no son sujeto de derecho internacional pero que, no obstante ello, no quita que puedan ser titulares de derechos y obligaciones. De hecho los TBI son fuente de estos derechos, mas no agregan ninguna obligación que las empresas deban contraer, lo que desbalancea la situación jurídica como hemos sostenido previamente. Pero el

tribunal desestimó la contrademanda de Argentina por violación del derecho humano al agua por parte de las empresas concesionarias debido a que los tratados de derechos humanos establecen obligaciones de hacer para los Estados y obligaciones de no hacer (es decir, el no interferir o el respetar) para las empresas:

"(...) garantizar el derecho humano al agua representa una obligación de hacer. Esta obligación recae en los Estados y no es posible imponerla a una empresa conocedora del ámbito de suministro de servicios de agua y saneamiento. Para que esa obligación de hacer sea aplicable a un inversor particular, es necesario un contrato o una relación jurídica similar de derecho civil y comercial. En ese caso, la fuente de la obligación de hacer del inversor es el derecho local y no el derecho internacional general. La situación es diferente si lo que está en juego es una obligación de no hacer, como la prohibición de realizar actos que violan los derechos humanos. Dicha obligación puede ser de aplicación inmediata no solo respecto de los Estados sino también respecto de las personas físicas y otros particulares. Sin embargo, en lo que respecta al presente caso, no es eso lo que está en discusión."

El tribunal interpretó la naturaleza de las obligaciones de derechos humanos en cabeza de entes no estatales como obligaciones de no hacer, diferenciándolas así de las obligaciones que los Estados poseen en la misma materia, como obligaciones de hacer. La interpretación a la que concluyó resultó interesante no solo porque es la primera vez que un tribunal del CIADI se expresa en cuanto a las obligaciones emanadas de los tratados de derechos humanos que pudieran o no hallarse en colisión con obligaciones nacidas de los TBI.

3. La responsabilidad de los actores no estatales en materia de derechos humanos

La Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) sentenció en 2014 que el acceso al agua potable incide directamente sobre la vida y la salud de las personas, por lo que

objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe." [los destacados nos pertenecen].

debe ser tutelado por los jueces.²⁹ En el caso "Kersich, Juan Gabriel y otros c/ Aguas Bonaerenses y otros s/ amparo", la Corte verificó que se puso en juego el derecho humano de acceso al agua potable, la salud y la vida de una gran cantidad de personas que se vio amenazado por el obrar de la empresa Aguas Bonaerenses S.A. (ABSA) que brinda a los vecinos agua con proporciones de arsénico que superan las permitidas por el Código Alimentario Argentino. En consecuencia, la contaminación por arsénico en el agua suministrada en toda la localidad no resultaba un problema de cada uno de los habitantes sino que era un problema comunitario que, para su mejor solución, debió ser tratado en un proceso colectivo. En la sentencia, la CSJN responsabilizó a la empresa. En 2017 distintos diarios matutinos de tirada nacional en Argentina revelaron las conexiones de la dirección de la empresa con el sector privado y con el grupo empresario perteneciente al entonces Presidente de la Nación, Mauricio Macri, dejando entrever posibles conflictos de intereses.³⁰

La gestión del agua potable provoca dilemas recurrentes entre la administración privada y la pública. La empresa ABSA fue creada por el Estado provincial luego del fracaso de la gestión privada en manos de la empresa transnacional norteamericana Azurix Corp., quien demandó a la Argentina ante el CIADI luego de habersele rescindido el contrato de concesión con la provincia de Buenos Aires, ante la negativa del Estado en aprobar los reajustes tarifarios requeridos por la empresa en pleno contexto de crisis económica y social. El tribunal del CIADI acabó laudando una condena al Estado argentino por 165,2 millones de dólares norteamericanos.

De la experiencia vivida en Argentina queda claro que la violación del derecho humano al agua puede verse realizada no solamente por la falta de regulación del Estado, lo que constituiría un caso de responsabilidad internacional por omisión, sino también por las

actividades realizadas por los entes no estatales encargados directamente en la gestión de la actividad. Y esto involucra tanto a la gestión pública como a la privada.

Teniendo en cuenta este marco general, el profesor Pierre Thielbörger³¹ establece cuatro categorías de violación del derecho al agua:

1. Violación a través del contrato de concesión, el cual puede a su vez subdividirse en:
 - a) El nivel de tarifas aplicadas.
 - b) Medidas de control de calidad.
 - c) Falta de acceso igualitario.
 - d) Falta de planes de contingencia.
2. Violación a través de un insuficiente monitoreo y control.
3. Violación a través de la denegación de derechos procesales.
4. Violación a través de la falta de revisión judicial.

A estas categorías podríamos, por supuesto, agregar:

5. Violación por omisión de reglamentación y falta de cumplimiento efectivo.

Según la categorización de Thielbörger, también es posible que un caso donde se reclame la protección de inversiones dentro del sector de agua potable y saneamiento sea a la vez una situación de múltiples violaciones al derecho humano al agua. Puede darse una situación de conflicto sobre tarifas –como se dieron en los casos de Aguas del Tunari, Aguas del Aconquija, Aguas Argentinas, Aguas Provinciales de Santa Fe, Urbaser, etc.– en donde la empresa concesionaria reclame por un incremento de la misma y el Estado decida que no están dadas las condiciones para dicha renegociación. Un caso así planteado podría originar un reclamo de la empresa inversionista ante el CIADI cuando, en caso de renegociar a niveles razonables para la empresa aunque socialmente insustentables (aumentos del 200% como se dio en Aguas del Tunari en Bolivia, por ejemplo), se estaría

29. CENTRO DE INFORMACIÓN JUDICIAL (CIJ). Ver <https://www.cij.gov.ar/nota-14507-La-Corte-dijo-que-el-acceso-al-agua-potable-incide-directamente-sobre-la-vida-y-la-salud-de-las-personas--por-lo-que-debe-ser-tutelado-por-los-jueces.html> (consultado en marzo 2019).

30. "Revelan que el presidente de Aguas Bonaerenses pertenece a Grupo Socma", *Ámbito Financiero*, 5/03/2017. Disponible en <https://www.ambito.com/revelan-que-el-presidente-aguas-bonaerenses-pertenece-grupo-socma-n3974780>. GRANOVSKY, Martín, "El empleado del mes", *Página/12*, 5/03/2017. Disponible en <https://www.pagina12.com.ar/23932-el-empleado-del-mes> (consultas realizadas en abril de 2019).

31. THIELBÖRGER, Pierre, "The human right to water versus investors rights: Double-dilemma or pseudo-conflict?", en DUPUY, P.M., *et.al.*, *Human rights in international investment law and arbitration*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 503-509.

dificultando gravemente un acceso asequible al agua, violando así el derecho humano a dicho bien.

Igualmente el derecho humano al agua potable podría violarse con un control deficiente de la empresa concesionaria por parte de los organismos de control del Estado. La empresa prestadora no solamente estaría violando el contrato de concesión sino que además sería el Estado quien también incumpliría con su obligación de ejercer control debido sobre las empresas privatizadas y, por consiguiente, incumpliendo con sus obligaciones de garante de un servicio público de acuerdo a los estándares internacionales de derechos humanos y en condiciones aptas para la salud de su población. Un mayor control del Estado –con una mejor regulación por ejemplo– quizás pueda ser entendido por los inversionistas como una afectación de sus inversiones y una violación del Estado a las cláusulas de protección y trato justo y equitativo garantizadas en los TBI.

Observamos que uno de los principales problemas en materia de derechos humanos tiene que ver con el deber del Estado de adoptar medidas para garantizar los derechos a los que se ha obligado. Las obligaciones asumidas por los Estados en materia de protección de inversiones así como en materia de derechos humanos son diferentes en abstracto, pero pueden suscitar conflictos muy reales en casos concretos como es en cuanto al acceso al servicio de agua potable y saneamiento vis a vis la protección de las inversiones en dicho sector. Este ejemplo de conflicto entre normas ha sido debido a una combinación no meditada entre dichas obligaciones en abstracto puestas en juego tras el retiro no mediado y descoordinado de la actividad del Estado en áreas que le eran propias y que hoy han sido concesionadas a la participación privada y a la autorregulación por parte del mercado.³² El jurista austriaco y relator especial de Naciones Unidas, Manfred Nowak, sostiene que el problema radica en que “[c]uanto más estructuras con relevancia en derechos humanos sean liberadas al libre mercado, mayor será la obligación del Estado en asegurar que los excluidos, los pobres, los niños, los ancianos, los discapacitados, los extranjeros y otros grupos vulnerables de

desventajados tengan acceso a los servicios que necesitan.”³³ Ello implicará, lejos de lo que se suponía hace dos décadas, una mayor –y no menor– presencia del Estado y una mayor regulación en materia no solo de servicios públicos como el de agua potable y saneamiento, sino también de áreas que podían entenderse como más necesarias de una desregulación y de garantías mínimas como es el área de las inversiones extranjeras. Por ende, resulta necesario contar con una estructura reguladora suficiente como para que las inversiones puedan tener reglas claras de juego para hacer sus negocios sin que ello equivalga erosionar los derechos de la población en cuanto a su estilo de vida, sus beneficios sociales y su nivel de bienestar socioeconómico. Ello implica elevar el costo de las políticas públicas en vez de reducirlos so pena de enfrentar múltiples demandas internacionales, sea en el ámbito de los tribunales arbitrales de protección de inversiones o en los tribunales internacionales de derechos humanos.

El profesor y árbitro del CIADI, Pedro Nikken, ha sostenido que

“[u]n conflicto puede surgir entre la protección internacional de los derechos humanos y la protección internacional de las inversiones. Se podría alegar que, ante un tribunal que se establezca en el marco de la protección internacional de las inversiones, la reclamación del demandante contradice ciertas obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. (...)”.³⁴

Empero, el tribunal de caso Urbaser desestimó tal consideración. Dicho tribunal bien estableció que las obligaciones del Estado en virtud del derecho inversiones difícilmente pueden ser invocadas como justificación legal para no cumplir con sus obligaciones de derechos humanos.³⁵ Allí precisamente radica una contradicción. Para Nikken, la aplicación de los TBI debe

32. NOWAK, Manfred, *Introducción al Régimen Internacional de los Derechos Humanos*, ASDI y Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2009, pp. 80-81.

33. *Ibid.*, p. 17.

34. NIKKEN, Pedro, “Balancing of Human Rights and Investment Law in the Inter-American System of Human Rights”, en DUPUY, P.M., *et. al.*, *Human rights in international investment law and arbitration*, Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 259.

35. *Ibid.*, p. 271.

ser siempre compatible con los tratados de derechos humanos –él cita por ejemplo a la Convención Interamericana de Derechos Humanos–, que se encuentran dentro de una clase propia y que no dependen enteramente de comportamientos recíprocos entre los Estados (normas con efecto *erga omnes*),³⁶ a diferencia de normas dispositivas que son, por ello, de obligaciones libremente disponibles y basados en la reciprocidad, como son los tratados de inversión. El problema es claro:

"Las sociedades transnacionales (STS) y otras empresas de negocios, que recurren a prácticas de trabajo infantil o forzado, discriminación, restricciones a la libertad de asociación y violaciones similares a los derechos humanos, deben ser consideradas responsables por ejercer presión a los gobiernos de los Estados donde tienen su sede, aunque también éstos sean responsables, máxime si tenemos presente que los esfuerzos de los gobiernos (en particular aquellos donde operan las STS) para forzar a las STS a cumplir con los estándares mínimos de derechos humanos no han probado ser ampliamente eficaces. (...) se necesitan mecanismos más eficaces para crear obligaciones legales directamente vinculantes para las STS y los actores no estatales similares. En un mundo donde el presupuesto de muchas STS excede por mucho el de los Estados de tamaño mediano y donde estas organizaciones de hecho son mucho más poderosas que muchos gobiernos, parece de alguna manera anacrónico que los Estados deban ser los únicos sujetos de derecho internacional capaces de firmar y ratificar tratados internacionales y de asumir obligaciones directas de acuerdo con el derecho internacional."³⁷

Resultaría problemático otorgar subjetividad jurídica internacional –a la par de los Estados– a una entidad que nacionalmente se encuentra sometida bajo una regulación estatal. Sin embargo, no es extraño al Derecho el otorgamiento de derechos y obligaciones a agentes

que no son los firmantes en un instrumento internacional. Los propios TBI son muestra de ello: benefician a las empresas transnacionales sin que por ello se las deba considerar sujetos del derecho internacional. También los individuos responden por obligaciones en materia de derechos humanos, sin que por ello no deje de ser controvertida la figura de su subjetividad internacional. Pero resulta evidente que la preocupación que amerita la atención de juristas como Nowak, Nikken, Thielbörger, entre otros, es cómo actuar ante situaciones donde se verifica un abuso de poder que contraviene las obligaciones existentes en materia de derechos humanos. Lo que Nowak detecta es correcto respecto a que la acumulación económica que muchas empresas poseen las hace poderosas frente a las comunidades e incluso frente a Estados de tamaño mediano. En materia de gestión del agua, el 70% del mercado mundial del agua es acaparado por tres empresas,³⁸ por lo que no solamente se trata de un monopolio natural, sino que además se trata de un mercado global altamente concentrado.

El hecho que el Estado sea responsable por violaciones a los derechos humanos no quita que otros entes puedan serlo producto de la misma situación. Las empresas bien pueden responsabilizarse por el hecho propio, es decir por las violaciones a los derechos humanos perpetradas por ellas mediante sus actos u omisiones. Pero también en materia de teoría de las obligaciones, el Derecho clasifica las obligaciones concurrentes (*in solidum*), también llamadas conexas o convergentes, como aquellas que poseen idéntica víctima (sujeto activo del reclamo de resarcimiento posterior) e idéntico objeto, pero diferentes perpetradores (sujetos responsables) y por causas distintas. En el derecho internacional, los elementos mínimos indispensables para identificar un caso de responsabilidad internacional radican en la existencia de la violación a una norma internacional (conducta ilícita sea por acción o por omisión) y un factor de atribución que la haga responsable al ente cuestionado

36. *Ibid.*, p. 266.

37. NOWAK, *op.cit.*, 2009, p. 427.

38. Suez (francesa), Vivendi Universal (francesa), Veolia (francesa). Estas tres empresas acaparan en 70% del mercado mundial de distribución de agua potable. En un segundo escalón se encuentran Saur (francesa), RWE (alemana), Bechtel (estadounidense) y Azurix (estadounidense). Y más atrás se encuentran a las británicas Severn Trent, Anglian Water y el Grupo Kelda. Ver GARCÍA, Aniza, *El Derecho Humano al Agua*, Trota, Madrid, 2008, pp. 65-66; y BARLOW, Maude y CLARKE, Tony, *Oro Azul*, Paidós, Barcelona, 2004, pp. 173-174.

del deber de resarcir al perjudicado o víctima por dicha violación. Esto es lo que marca la única norma existente en materia de responsabilidad, la Resolución 56/83 de la Asamblea General de la ONU aprobada en 2001 y relativa a la responsabilidad del Estado por hechos ilícitos en el derecho internacional. Dicha resolución ha sido citada reiteradamente por la Corte Internacional de Justicia (CIJ) y otros tribunales internacionales, por lo que ha generado costumbre internacional en materia de responsabilidad internacional.

Si bien la Resolución 56/83 solo es aplicable a los Estados, resulta innegable que al intentar explorar una posible regulación de la responsabilidad internacional de entes no estatales recurramos a los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas, tal como lo contempla el art. 38 del Estatuto de la CIJ en materia de fuentes del derecho internacional, para intentar verificar si es posible contar con una base teórica para asignar responsabilidad a entes no estatales como son las empresas transnacionales ante eventuales violaciones a los derechos humanos, como sería la violación del derecho humano al agua.

En este sentido, las obligaciones concurrentes forman parte del derecho general de las obligaciones habido en los principales sistemas jurídicos del mundo.³⁹ Uno de los supuestos de obligaciones concu-

rrentes puede darse en el caso de reparaciones de daños resultantes de un incumplimiento contractual producido con intervención de un tercero cómplice.⁴⁰ Inés Tófaló, abogada y asesora de empresas transnacionales sobre mercados de capitales y deuda, identifica nueve subtipos de complicidad por parte de una empresa transnacional, que se agrupan a su vez en tres tipos generales: directa, indirecta e incidental. Estos nueve subtipos incluyen: 1) la ejecución conjunta de abusos junto al Estado; 2) la comisión de abusos por parte del Estado en apoyo a una empresa conjunta; 3) la participación en formar un régimen abusivo por diseño e implementación; 4) el financiamiento de un régimen represivo; 5) el suministro de herramientas para el abuso a los derechos humanos a un régimen represivo; 6) la complicidad silenciosa; 7) la intención y beneficio de la empresa; 8) la colaboración con un régimen sobre el que pesan sanciones internacionales; y 9) la causalidad próxima o inmediata de una situación abusiva a los derechos humanos.⁴¹

En materia de causalidad próxima, no hay obstáculos teóricos para poder aplicar la atribución de responsabilidad por la comisión directa de una violación a los derechos humanos por parte de una corporación transnacional. Respecto de la intención o beneficio de la empresa, ahí lo que puede aplicarse es lo que conocemos como la teoría del riesgo provecho. En nuestra legislación interna⁴² se conoce la responsabilidad por factores objetivos de atribución del mismo modo que se conoce en el derecho internacional. Y uno de esos factores objetivos es la teoría del riesgo, que incluye la atribución por provecho del perpetrador de la violación, es decir atribuir responsabilidad directa o indirecta por los hechos u omi-

39. Algunos autores sostienen que resulta equívoco hablar de obligaciones *in solidum* como sinónimo de obligaciones concurrentes o conexas (CALVO COSTA, Carlos, *Derecho de las Obligaciones*, Hammurabi, Buenos Aires, 2017, pp. 358-9), pero en definitiva la naturaleza de las obligaciones generadas por para diferentes sujetos por la misma reparación (objeto) pero por causas distintas (art. 850 CCyC) posee raíz en el Derecho romano y aceptada posteriormente en el Derecho francés. En Italia, las obligaciones *in solidum* figuran como "obligaciones acumulativas" pero poseen la misma naturaleza. En España y en Francia, al igual que en Chile, se encuentra a las obligaciones concurrentes como desarrollo jurisprudencial (MENDOZA ALONZO, Pamela, "Obligaciones concurrentes o *in solidum* -Corte Suprema-", en *Revista de Derecho*, Valdivia, julio de 2018. Ver https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502018000100387); en Uruguay, donde derivan del art. 1.875 del Código Civil. (GAMARRA, Jorge, "La obligación *in solidum* en la jurisprudencia uruguaya", en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, 2005. Ver: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4679735>); también en República Dominicana (SOTO NIETO, Francisco, "Dinámica de la obligación solidaria La obligación *In solidum*", en *Revista Doc Player*. Ver <https://docplayer.es/18613224-Dinamica-de-la-obligacion-solidaria-la-obligacion-in-solidum.html>); en Venezuela (DEVITA R., Marianna, "Obligaciones in solidum en el Derecho venezolano", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, Caracas, 2018. Ver <http://www.ulpiano.org/ve/>

revistas/bases/artic/texto/RVLJ/10/rvlj_2018_10_I_419-441.pdf. Todas las consultas realizadas en abril de 2019).

40. CALVO COSTA, *op. cit.*, 2017, p. 361.

41. TÓFALO, Inés, "Overt and Hidden Accomplices: Transnational Corporations' Range of Complicity for Human Rights Violations", en DE SCHUTTER, Olivier (ed.), *Transnational Corporations and Human Rights*, Hart Publishing, Oxford, 2006, pp. 336-337.

42. La teoría del riesgo provecho puede encontrarse tanto en Colombia como en Chile, al igual que en Argentina, dentro de la Teoría del Riesgo (art. 1.758 CCyC argentino). También existen regulaciones sobre ello en Perú, Paraguay, Puerto Rico, Cuba y España (RODRÍGUEZ ZÁRATE, Alejandro, "Análisis Económico de la Responsabilidad Bancaria Frente a los Fraudes Electrónicos: el riesgo provecho, el riesgo creado y el riesgo profesional", en *Revista Vniversitas*, Bogotá, 2014. Ver: <http://publicaciones.unaula.edu.co/index.php/ratiojuris/article/download/297/512>. Todas las consultas realizadas en abril de 2019).

siones cometidos en virtud del beneficio económico que se obtuvo mediante un hecho civilmente ilícito o incluso penalmente delictivo.⁴³ Tradicionalmente en el Derecho Penal Económico –una de las más transnacionalizadas ramas jurídicas de acuerdo al tipo de prácticas delictivas que persigue– se ha afirmado la posibilidad de aplicar sanciones penales a la empresa que ha obtenido un beneficio patrimonial a raíz de la comisión de un delito. Pero también estas situaciones pueden verse involucradas en casos que impliquen bienes jurídicos extraeconómicos, como la vida o la integridad física de las personas.⁴⁴ En este sentido, la atribución de una conducta internacionalmente ilícita podría ser asignada a una empresa –y no solamente a los individuos que realizaron las violaciones a los derechos humanos– por lo que se conoce bajo el concepto de “organización defectuosa de la empresa”, donde resulta legítimo exigir a una corporación que se organice adoptando todas las medidas pertinentes para salvaguardar los derechos humanos y a realizar la vigilancia y control necesarios para evitar la comisión de abusos a tales derechos por parte de sus integrantes.⁴⁵

En materia de responsabilidad internacional de entes no estatales, la Resolución 17/4 del Consejo de Derechos Humanos (CDH) de la ONU de 2011 adoptó los Principios Rectores en materia de Derechos Humanos y Empresas,⁴⁶ aprobando el llamado “Informe Ruggie” que adoptó el marco de “proteger, respetar y remediar”,⁴⁷ al tiempo que la Resolución 26/9 aprobada por el mismo órgano en 2014 dio inicio a un proceso de negociación para la adopción de un *Instrumento Jurídicamente Vinculante para Regular, en el Marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*,

las Actividades de las Empresas Transnacionales y Otras Empresas (“instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos” según la Resolución, o también llamado “Códigos Vinculantes” por organizaciones de la sociedad civil internacional).⁴⁸ Tal negociación se encuentra actualmente en curso en la ciudad de Ginebra, sede del CDH, y han producido un “Borrador Cero” del tratado.⁴⁹ Como puede observarse, nos encontramos en el centro de los debates mundiales en la actualidad sobre este tema.

Conclusión

No caben dudas respecto de la existencia de un derecho humano al agua de manera autónoma y reconocida por el derecho internacional positivo. Como tal, el derecho de acceso al agua potable y saneamiento forma parte del derecho internacional de los derechos humanos. Tampoco debe dudarse que los TBI generan un marco normativo positivo que origina derechos para las empresas transnacionales como inversionistas en Estados extranjeros a sus matrices. Empero, ambos marcos normativos no producen los mismos efectos dentro del derecho internacional general en tanto uno –el derecho humano al agua– forma parte de una especie de “orden público internacional” con una prioridad de cumplimiento (como mínimo) mientras que el otro –la protección de inversiones– posee efectos normales como las demás normas positivas en el derecho internacional. Esta diferencia no es tenida debidamente en cuenta por los tribunales arbitrales en materia de inversión adentro del CIADI o de otros centros de arbitraje internacional.

43. VÍTOLO, Daniel R. (dir.), *Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas Privadas*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2018, p. 89. CALVO COSTA, op. cit., 2017, pp. 826-9.

44. RODRÍGUEZ ESTÉVEZ, Juan María, *Imputación de la Responsabilidad Penal para la Empresa*, BdeF, Buenos Aires / Montevideo, 2015, p. 4.

45. *Ibid.*, p. 12.

46. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS, Resolución 17/4. Ver <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/G11/144/74/PDF/G1114474.pdf?OpenElement> (consultado en abril de 2019).

47. Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie. Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”. Ver <https://undocs.org/es/A/HRC/17/31> (consultado en abril de 2019).

48. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS, Resolución 26/9. Ver <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/082/55/PDF/G1408255.pdf?OpenElement> (consultado en abril 2019).

49. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS, Borrador Cero del Instrumento Jurídicamente Vinculante para Regular, en el Marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, las Actividades de las Empresas Transnacionales y Otras Empresas, 16/07/2018. Ver <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HR-Council/WGTransCorp/Session3/DraftLBI.pdf> (consultado en abril de 2019).

En casos como el de "Urbaser c. Argentina" el marco de responsabilidad definido por el tribunal no consideró las demás fuentes de derecho más allá del TBI alegado por la empresa y un análisis restrictivo en materia de obligaciones de derechos humanos hacia la empresa. En otros casos anteriores a este, como el caso "Suez c. Argentina" ni siquiera el derecho humano al agua fue considerado. Sin embargo, la responsabilidad internacional por violaciones a los derechos humanos es algo que actualmente excede la potestad de los Estados en forma exclusiva. En tanto la violación a un derecho humano involucra el abuso de una posición de poder, el despliegue de una estructura dispuesta para la perpetración de tal violación y la afectación de un derecho de la víctima, la realidad internacional demuestra que ya resulta ser el Estado el único actor capaz de ejecutar tales violaciones, sino que estas también pueden provenir de actores no estatales como son las empresas transnacionales.

Los tratados de inversión y de comercio pueden afectar severamente al erario público y, como hemos visto, los criterios para evitar dichas afectaciones pueden atacar políticas públicas o incluso el nivel de acceso al agua potable y saneamiento para parte de la población. En cualquiera de ambas situaciones se evidencia una clara violación al derecho humano al agua que, sin embargo, es pasada por alto por los tribunales de arbitraje y, en definitiva, termina afectando los derechos de la población a la que le prometieron desarrollo, bienestar, salud, empleo, en definitiva una mejora en su calidad de vida. No solamente se ha comprobado deficiencias en la gestión (tanto privada como pública) de la calidad del agua distribuida, además la población ha debido afrontar las demandas perdidas ante tribunales internacionales con sus impuestos porque las políticas públicas de su Estado afectaron de alguna manera el nivel de lucro de las empresas inversoras en el sector. Dicha situación, como dijimos, lleva al Estado a un punto de inacción regulatoria (*chilling effect*) que también puede acarrear una violación a los derechos humanos.

Es claro que las demandas internacionales resultan una carga al presupuesto de cualquier Estado. ¿Pero hasta qué punto resulta legítimo un sistema normativo cuyo entramado de obligaciones provoca encerronas perjudiciales para el erario público sin importar qué actitud toma el Estado ante sus políticas públicas? ¿O

acaso qué tan legítimo resulta un marco legal en donde las alternativas al *chilling effect* sean la falta de inversión o el aumento del conflicto social?

Esta situación nos lleva a reflexionar acerca de los posibles casos de responsabilidad legal en materia de violación al derecho humano al agua, tanto para el Estado como para entes no estatales. La responsabilidad internacional en materia de derechos humanos debe avanzar más allá de identificársela como una responsabilidad meramente estatal. En dicho campo, la responsabilidad por acción o por omisión en los ámbitos de control, así como la responsabilidad directa o indirecta, la figura de obligaciones legales concurrentes, la figura de la complicidad o la de factores de atribución como el riesgo provecho, surgen de sistemas jurídicos de las naciones civilizadas que pueden servir como fuente de normas internacionales todavía inexistentes pero que se encuentran en plena deliberación, como es el caso del Instrumento Jurídicamente Vinculante para Regular, en el Marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, las Actividades de las Empresas Transnacionales y Otras Empresas negociándose en el CDH de Naciones Unidas.

El seguimiento de estas negociaciones, así como un involucramiento pleno y sincero por parte de los Estados y de la sociedad civil, serán claves para hacer avanzar este proceso en pos de acabar con situaciones de impunidad, evitar violaciones a derechos establecidos como fundamentales para la comunidad internacional e idear un régimen normativo de inversiones más balanceado y con adecuación al derecho internacional de los derechos humanos.

Bibliografía

Libros y revistas

ACOSTA-LÓPEZ, Juana Inés y DUQUE-VALLEJO, Ana María. "Declaración Universal de Derechos Humanos, ¿norma de ius cogens?", 2008. Disponible en: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692-81562008000100002 (consultado en febrero de 2019).

Ámbito Financiero, "Revelan que el presidente de Aguas Bonaerenses pertenece a Grupo Socma", 5/03/2017. Disponible en: <https://www.ambito.com/revelan-que-el-presidente-aguas-bonaerenses-pertenece-grupo-socma-n3974780>.

BARLOW, Maude y TONY, Clarke, *Oro Azul*, Paidós, Barcelona, 2004.

CENTRO DE INFORMACIÓN JUDICIAL (CIJ). Disponible en: <https://www.cij.gov.ar/nota-14507-La-Corte-dijo-que-el-acceso-al-agua-potable-incide-directamente-sobre-la-vida-y-la-salud-de-las-personas--por-lo-que-debe-ser-tutelado-por-los-jueces.html> (consultado en marzo de 2019).

CENTRO EUROPEO DE DERECHOS CONSTITUCIONALES Y HUMANOS, "Human rights inapplicable in international investment arbitration?". Disponible en www.ecchr.de/worldbank/articles/human-rights-inapplicable-in-international-investment-arbitration.html (citado en el original).

CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS, Borrador Cero del Instrumento Jurídicamente Vinculante para Regular, en el Marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, las Actividades de las Empresas Transnacionales y Otras Empresas, 16/07/2018. Ver <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/DraftLBI.pdf> (consultado en abril de 2019).

CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS, Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie. Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar". Ver <https://undocs.org/es/A/HRC/17/31> (consultado en abril de 2019).

CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS, Resolución 17/4. Ver <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/G11/144/74/PDF/G1114474.pdf?OpenElement> (consultado en abril de 2019).

CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS, Resolución 26/9. Ver <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/082/55/PDF/G1408255.pdf?OpenElement> (consultado en abril de 2019).

DE ZAYAS, Alfred-Maurice, *Informe del Experto Independiente sobre la promoción de un orden internacional democrático y equitativo*, 2015. Disponible en: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/70/285&referer=http://www.iisd.org/itn/2015/11/26/un-independent-expert-alfred-de-zayas-recommends-abolishing-current-isds-regime//&Lang=S (consultado en diciembre de 2018).

DEVITA R., Marianna, "Obligaciones in solidum en el Derecho venezolano", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, Caracas, 2018. Ver http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RVLJ/10/rvlj_2018_10_L_419-441.pdf (consultado en abril de 2019).

Clarín, 1/02/2003. Ver https://www.clarin.com/economia/nivel-pobreza-vez-alto-578-poblacion_0_Si1fc5GlCte.html (consultado en marzo de 2019).

ECHAIDE, Javier, "Demandas en el CIADI y el derecho humano al agua", en *International Law Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Facultad de Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2017.

ECHAIDE, Javier, *El derecho humano al agua potable y los tratados de protección recíproca de inversiones*, Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires & Thompson Reuters / Ed. La Ley, Buenos Aires, 2018.

GAMARRA, Jorge, "La obligación *in solidum* en la jurisprudencia uruguaya", en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, 2005. Ver <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4679735> (consultado en abril de 2019).

GARCÍA, Aniza, *El Derecho Humano al Agua*, Trota, Madrid, 2008.

GRANOVSKY, Martín, "El empleado del mes", *Página/12*, 5/03/2017. Disponible en: <https://www.pagina12.com.ar/23932-el-empleado-del-mes> (consultas realizadas en abril de 2019).

MENDOZA ALONZO, Pamela, "Obligaciones concurrentes o *in solidum* (Corte Suprema)", en *Revista de Derecho*, Valdivia, julio de 2018. Ver https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502018000100387 (consultado en abril de 2019).

NIKKEN, Pedro, "Balancing of Human Rights and Investment Law in the Inter-American System of Human Rights", en DUPUY, P.M., *et. al.*, *Human rights in international investment law and arbitration*, Oxford University Press, Oxford, 2009.

NOWAK, Manfred, *Introducción al Régimen Internacional de los Derechos Humanos*, ASDI & Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2009.

RODRÍGUEZ ESTÉVEZ, Juan María, *Imputación de la Responsabilidad Penal para la Empresa*, Bdef, Buenos Aires / Montevideo, 2015.

RODRÍGUEZ ZÁRATE, Alejandro, "Análisis Económico de la Responsabilidad Bancaria Frente a los Fraudes Electrónicos: el riesgo provecho, el riesgo creado y el riesgo profesional", en *Revista Universitas*, Bogotá, 2014. Ver <http://publicaciones.unaula.edu.co/index.php/ratiojuris/article/download/297/512> (consultado en abril de 2019).

SOTO NIETO, Francisco, "Dinámica de la obligación solidaria La obligación 'In solidum'", en *Revista Doc Player*. Ver <https://docplayer.es/18613224-Dinamica-de-la-obligacion-solidaria-la-obligacion-in-solidum.html> (consultado en abril de 2019).

THIELBÖRGER, Pierre; "The human right to water versus investors rights: Double-dilemma or pseudo-conflict?", en DUPUY, P.M., et. al., *Human rights in international investment law and arbitration*, Oxford University Press, Oxford, 2009.

TÓFALO, Inés, "Overt and Hidden Accomplices: Transnational Corporations' Range of Complicity for Human Rights Violations", en DE SCHUTTER, Olivier (ed.), *Transnational Corporations and Human Rights*, Hart Publishing, Oxford, 2006.

UNCTAD, IIA Issues Note, núm. 1 (Febrero de 2015). Disponible en: https://www.google.com.ar/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwj345qR_6DhAhVbD7kGHaiRCXMQFjAAegQIBBAC&url=https%3A%2F%2Fwww.ohchr.org%2Fen%2Fhrbodies%2Fhrc%2Fregularsessions%2Fsession30%2Fdocuments%2Fa_hrc_30_44_spa.docx&usg=AOvVaw2QnAhZ8yK-hxgkmlYlYoW (consultado en marzo de 2019).

VÍTOLO, Daniel R. (dir.), *Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas Privadas*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2018.

ZELDA, Carlos, "Ius Cogens y Derechos Humanos: Luces y sombras para una adecuada delimitación de conceptos", 2002. Disponible en: https://www.google.com.ar/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=11&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwids__88aDhAhWlJrkGHeiOCTAQFjAKegQIABAC&url=http%3A%2F%2Frevistas.pucp.edu.pe%2Findex.php%2Fagendainternacional%2Farticle%2Fdownload%2F8239%2F8545&usg=AOvVawOPvDfg5yDLYt4ZBp8VR6r7 (consultado en febrero de 2019).

Recursos de internet

<https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/G11/124/88/PDF/G1112488.pdf?OpenElement> (consultado en marzo de 2019).

<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G10/166/36/PDF/G1016636.pdf?OpenElement> (consultado en marzo de 2019).

<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N09/479/38/PDF/N0947938.pdf?OpenElement> (consultado en marzo de 2019).

<https://undocs.org/es/E/CN.4/Sub.2/2003/9> (consultado en marzo de 2019).

<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.pdf> (consultado en marzo de 2019).

<https://www.escri-net.org/es/recursos/observacion-general-no-15-derecho-al-agua-articulos-11-y-12-del-pacto-internacional> (consultado en marzo 2019).

https://www.google.com.ar/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwj345qR_6DhAhVbD7kGHaiRCXMQFjAAegQIBBAC&url=https%3A%2F%2Fwww.ohchr.org%2Fen%2Fhrbodies%2Fhrc%2Fregularsessions%2Fsession30%2Fdocuments%2Fa_hrc_30_44_spa.docx&usg=AOvVaw2QnAhZ8yK-hxgkmlY0W (consultado en marzo de 2019).

https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CESCR/OHCHR_Map_ICESCR.pdf (consultado en febrero de 2019).

https://www2.ohchr.org/english/issues/water/docs/HRC_decision2-104_sp.pdf (consultado en marzo de 2019).